✠

P O R

DON DIEGO MESSIA DE Ocampo, vezino de Merida.

*** EN EL PLEYTO. ***

CON DON PEDRO MESSIA de Chaues, vezino del Almendralejo.



DEL memorial, y informaciones que se han dado a V. m. y a estos señores para la determinacion de este pleyto en lo principal, consta que estan excluydos de la sucessiõ del mayorazgo sobre que se litiga *los legitimados por disposiciõ Apostolica, ni Real, ni por otra via alguna*, memor. n. 3. in fin. Y que don Pedro Messia de Chaues es descendiente de Diego Messia, legitimado por rescripto del Principe, segun el mismo pretende, a cuya causa presentò la legitimacion, memor. nu. 97. 322. y 323. Y que don Diego Messia de Ocãpo es descendiente del fundador, nieto legitimo de Iuan Nuñez de Prado, nieto natural suyo, reconocido por tal, memor. num. 11. Y que tiene nõbramiento anterior irreuocable, hecho por Pedro Messia, vltimo posseedor, en virtud de la facultad que tuuo para elegir: vnde no puede hazerle competencia don Pedro Messia transversal, y con posterior eleccion invalida, ex his quæ latè in 1. & 2. allegat. resolvimus.

2 ¶ Y consta assimismo, que ni en la demanda, ni otra peticion alguna de las que don Diego Messia de Ocampo ha presentado en este pley-

to, ni el de jactancia, nunca ha alegado que don Pedro Messia de Chaues sea ilegitimo, ni que el matrimonio que contraxeron sus padres fuesse nulo, adicion al memorial, fol. 7. y en el memorial principal, num. 52. al medio: antes ha protestado que no quiere valerse de esse derecho, y se apartò del en la Chancilleria, con poderes especiales que para esto se presentaron, memorial del articulo sobre los poderes, fol. 6. buelta. Y auiendose intentado hazer por su parte ciertas repreguntas a los testigos que huuiessen de examinarse en razon de la legitimacion de don Pedro, se pronunció auto denegandoselo, memor. fol. 134. num. 59. Y que quando se dió principio a este pleyto, ni quando se viò en vista a siete de Março de 636. no auia pleyto alguno pendiente ante el Eclesiastico, ni oy lo ay contestado por don Diego Messia de Ocampo, pues siempre ha protestado no responder, alegando que no intenta valerse de essa excepcion, ni derecho, y que se aparta de el, memor. fol. 135. B. num. 517. Ni en la Chancilleria se intentó el articulo de la remission al Eclesiastico hasta mas de ocho años despues que el pleyto estaua visto, y para determinarse en lo principal, pues se vió en siete de Março de 636. y se propuso el articulo en diez y seys de Iunio de 643. memor. fol. 135. num. 516.

3 ¶ De que se infiere, que no consistiendo la justicia de don Diego Messia de Ocampo en que don Pedro Messia de Chaues sea, ò dexe de ser legitimo, y no teniendo necessidad de valerse de este fundamento para obtener en el pleyto, no deue sobreseerse en la prosecucion, y determinacion del, vt deprehenditur ex l. ordinata 24. ff. de liberali causa, ibi: *Æque enim ex euentu iudicij liberalis, aut vtilis, aut inanis actio eius efficietur*, cap. 1. de ordine cognitionũ, vers. *Cum exceptione probata*, l. 1. C. de ordine cognitionum, ibi: *Ex euentu iudicij*, cap. tuã, de ordine cognitionum, ibi: *Dependentem ex illa successionis causam*, vbi Innocentius, vers. *Et contingeret Ecclesiam iudicare*, vbi etiã Abbas, num. Zauall.

2. part.

2.part.de cognitione per viam violentiæ, nu.47. ibi: *Quod pendet á quæstione speciali, quæ in curia Ecclesiastica tractatur*, Garcia, de nobilitat.gloss.1.nu.27 Dom. D.Ioan.de Larrea, disputat.8.num.29.31. & 113.& decis.65.num.6. Dom.D.Ioan del Castillo, cap.105.num.11.in illis verbis: *Quia ex natalium definitione pendebat omnino hæreditatis, & successionis definitio.* Et iterùm, ibi: *Et successionis causam pendere á causa natalium, & illegitimitatis oppositæ, idest ab euentu.* Et iterùm num.16. ibi: *Quod petenti hæreditatem, aut primogenij successionem, nihil aliud obyci posset; nec hodie potest quam ipsa illegitimitatis exceptio.* Porque siempre que la excepcion de ilegitimidad no releua, ni es dependiente de ella la causa de la sucession, puede, y deue el Iuez secular proceder adelante, y no ha de sobreseer, Mascardus, conclus.689. num.4. Montealegre, lib.1. de exercitio practicarum actionum, cap.9.num.203.

4 ¶ Y lo mismo se infiere de no auerse alegado en la demanda, ni en otra peticion alguna de las de don Diego Messia de Ocampo este defecto, ó excepcion de ilegitimidad, siendo necessario que se oponga, y controuierta de la justificacion de ella: aliàs de lo que no se conoce, ni trata, no se puede juzgar en lo principal, ni incidéte, para que se dé motiuo a la remision: ea est enim natura exceptionis, seu replicationis, quod debeat opponi á parte: aliàs no puede el Iuez, cósistiendo en hecho, suplir essa omision, ni juzgar no estando alegada, como si lo estuuiera.

5 ¶ Y no solamente no ha alegado esta excepcion don Diego Messia de Ocampo, mas tratando de que se le admitiessen las repreguntas que intentaua hazer a los testigos de dó Pedro Messia, se le denegó por auto que se pronunciò, memor. fol.134.num.509. De que euidentemente se infiere, que no puede tenerse atencion en este pleyto a la ilegitimidad de don Pedro, ni a los fundamentos en que consiste, pues no se oye en ellos a don Diego, ni se le admiten sus defensas, ni en el Con-

sejo

sejo se admitieron, memor. desde el fol. 131. num. 490. hasta num. 510.

6 ¶ Immó, aunque don Diego huuiera opuesto la excepcion de ilegitimidad incidentemente, se deuiera determinar la causa de la sucession sin sobreseer, ni remitirla al Eclesiastico, vt probatur in cap. lator 5. qui filij sint legitimi, ibi: *Ex tùnc sæculari domino, sub cuius iudicio de hæreditate causa vertitur intimetis, vt pro quæstione natiuitatis, non dimittat, quin causam super hæreditate audiat, & decidat*, l. 2. C. de ordine iudiciorum, ibi. *Pertinet enim ad officium iudicis, qui de hæreditate cognoscit vniuersam incidentē quæstionem, quæ in iudicium deuocatur examinare, quoniam nõn de ea, sed de hæreditate pronuntiat.* Franch. decis. 312. num. 6. Francisc. Marco, part. 2. decis. 493. Farinac. quæst. 8. num. 150. Gerardo Maynardo, part. 1. decis. Tholosana 27. Dom. Larrea, disput. 8. num. 113. Addentes ad Molinam, lib 3. cap. 13. num. 24. ibi. *Sèd incidens est, potest à iudice laycotractari*, Dom. Salgad. 4. part. cap. 14. num. 78. & 135. Doctor Marta, cons. 86. num. 11. & 12. ibi. *Quando matrimonium negatur, aut saltem ideò impugnatur, vt appareat alterum ex litigantibus qualitate carere, quam prætendit quo ad ius successionis, & alia emolumenta temporalia: tùnc iudex sæcularis est iudex competens, & ita illud Parlamentum iudicare solet, idem iudicatum est in Parlamento Delphinali:* vt per Francisc. Marcum, decis. 493. part. 2. item per Franchis in decis. 312 num. 6. *Vbi quod iudex laycus cognoscit incidenter de matrimonio ad effectum successionis, & bonorum temporalium*, & conducunt tradita à pluribus quos refert Carolus de Grassis, effect. 1. num. 402.

7 ¶ Y mucho mas no auiendo pleyto alguno pendiente ante el Eclesiastico, pues el que se siguiò en el Tribunal del Nuncio, y en grado de apelacion en el del Obispo de Coria, quedò acabado con su sentencia, de que se despacharon executoriales, vnde iam finem accepit, para que no se deuia sobreseer en el pleyto de la sucession, vt in cap. tuam, ibi: *Donec finem acceperit*, Faber, lib. 1.

tit. 12.

tit. 12. definit. 9. Y pues siempre han alegado don Pedro que tiene cosa juzgada en su fauor, que resulta de aquel pleyto, no puede aora alegar lo cōtrario, pues en virtud de aquellos executoriales han estado el, y don Alonso Messia su hermano mayór, en possession de legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, sin que persona alguna les aya inquietado en ella, y como tales han conseguido, y tuuieron Abitos de las Ordenes militares, de que ellos mismos se valen alegandolo, memor. nu. 97. al fin, cum sufficientem præbeat titulum ad valorem matrimonij quæuis sententia, etiam si sit iniusta, Noguerol, allegat. 24. num. 191. Y el que se ha intentado aora por don Pedro Messia no se ha contestado por don Diego, y se intentó cautelosamente, sin otro fin, ni necessidad de intētarlo, mas que el de cansar con dilaciones, y entretener la determinacion de este pleyto en lo principal: quo in casu, y por esta consideracion solamente, se deuia denegar a don Pedro Messia lo que pretende, iuxta dispositionem legis 10. 14. & 13. tit. 1. lib. 4. Recopilat. ibi: *Maliciosamente por fatigar a su contrario con quien contiende pusiere excepciones ante nuestros Iuezes seculares, diziendo que no pueden conocer de la causa que ante ellos pende, y que pertenece a la jurisdicion Eclesiastica, y piden ser remitidos a los Iuezes de la Iglesia, y que sobresean en el conocimiento los nuestros Iuezes seglares, porque lo hazen en perjuyzio de nuestra jurisdicion Real, &c.* l. 3. eodem tit. Dom. Larrea, disput. 1. nu. 21. Zauallos, 2. part. quæst. 4. 25. 34. & 52. Bobadill. lib. 2. Politicæ, cap. 18. num. 1. Dom. Salgado, 4. part. cap. 14. num. 132. & ex cap. lator qui filij sint legitimi, l. 10. tit. 3. part. 3. resolvit in terminis D. D. Ioan. de Larrea, decis. 64. num. 24. & 25. Mascard. conclus. 689. num. 5. Mōtealegre, lib. 1. cap. 9. numer. 202. & 203. Villar, lib. 1. respons. 3. numer. 84.

8 ¶ Immò, quando todo esto cessara, y don Diego Messia de Ocampo litigara en el pleyto matrimonial que estuuiera pendiente, impug-

nando el matrimonio de Alonſo Meſsia, y doña Maria de Molina, padres de don Pedro, y dependiera del ſuceſſo de aquel pleyto la cauſa de la ſuceſsion, y juſticia de las partes: adhùc, impugnandoſe deſpues de muertos los coniuges, y no auiendoſe dicho cõtra el en ſu vida, no ſe deuiera ſobreſeer en eſte: ex text. in cap. cauſã quæ, qui filij ſint legitimi, ibi: *Licet incongruum videatur, vt matrimonium genitricis præfati Roderici impetatur, quod ea viuente non fuit, vt dicitur impetitũ*, Zauallos, lib. 4. quæſt. 1. à num. 964. & 2. part. de cognitione per viam violentiæ, quæſt. 31. num. 5. Farinac. quęſt. 8. nu. 150. Addentes ad Molinam, lib. 3. cap. 13. nu. 24. ibi: *Quia quando cauſa matrimonij non agitur inter coniuges, ſed incidens eſt poteſt à iudice laico tractari*. Doctor Marta, conſ. 86. num. 11. ibi: *Si cauſa matrimonij tractetur, non inter coniuges, ſed inter alios putu filium, & extraneum, vel inter vnum ex coniugibus, & filium: tùnc licet dubitetur vtrùm matrimonium valeat, vel ſit nullum, omnes ſimiles quæſtiones opponi poterunt coram iudice ſæculari: quia hæc incidens quæſtio non decidit cauſam matrimonij inter coniuges, nequé tractatur ad illum finem, nequé facit ad eſſe, vel non eſſe matrimonij. cum eſſentia matrimonij in hoc non lædatur, nequé dici poſsit cauſa ſpiritualis, ideó à ſæculari iudice cognoſci poterit*, Dom. D. Ioan. de Solorçano, lib. 2. de Indiar. gubern. cap. 28. num. 23. ibi: *Nam certius eſt, quod quando cauſa matrimonij non agitur inter coniuges, ſed incidens eſt, poteſt à iudice layco tractari*, & num. 113. cum ſequentib. Y aunque don Pedro Noguerol en la alegaciõ 24. num. 170. parece que ſigue la opinion contraria, no la funda, ni los Doctores que alega por ella la defienden.

9 ¶ Quod eo magis procedere dicendum erit, atendiendo a que en eſte pleyto, quãdo ſe opuſiera la excepcion de ilegitimidad, no ſe oponia al Actor como era neceſſario, para que la deciſiõ del capitulo tuam, de ordine cognitionum, procediera, ſed potius el Reo poſſeedor afectadamẽte quiere valerſe de la controuerſia y pleyto que el miſ-

mo,

mo, sin que lo inquieten en su derecho de ilegitimidad, se opone ante el Iuez Eclesiastico: siendo Reo, y posseedor del mayorazgo sobre que se litiga en la Chancilleria, ex qua etiam ratione no deuiera sobreseerse en este pleyto, ni remitirlo, vt deprehenditur ex his, quæ tradunt Carolo de Grassis, effectu 1. num. 411. Mascard. conclus. 689. de probat. Farinacio, dict. quæst. 8. num. 20. Iason, in l. 1. num. 12. & 15. ff. de re iudicata, en quanto resueluen, que no puede el seglar poner termino a el Reo dentro del qual prueue la excepcion de ilegitimidad, que opone ante el en el fuero Eclesiastico, suponiendo, que quando se ha de remitir, es, quando se opone la ilegitimidad al Actor ante el seglar.

10 ¶ Et vtcumque sit, ha protestado don Diego Messia de Ocampo, assi ante el Iuez Eclesiastico en Merida, como en esta Corte, q̃ no quiere valerse de este derecho, ni excepciõ, y se ha apartado de ella, pidiendo que se determine el pleyto, por las demas razones en que consisten las pretensiones, y defensas de las partes, intentadas en su demanda, y proseguidas, en que se han defendido, oyendoles, y admitiendoselas, con que no es possible que se le obligue a litigar sobre aquello missmo, que no pide, y que tiene renunciado. vt probatur in l. postquam liti, C. de pactis, ibi: *Postquam liti de prædio motæ renuntiasti, causam finitam instaurari nulla ratio permittit*, l. vnica, C. vt nemo inuitus agere, vel accusare cogatur, l. si reus paratus 73. ff. de procuratoribus, ibi: *Nam iniquum est, cogere eum iudicium accipere*, l. qui destiterit 2. iunct. l. destitisse 13. ff. ad Senatusconsultum Turpil. l. si quis dolo fecerit, §. si quis creditorem, ff. de re iudicata, ibi: *Et puto, eum improbum esse, qui vellit iterum consequi, quod accepit*, l. ædita actio, C. de ædendo, ibi: *Quam emendari, vel mutari licet, prout ædicti perpetui monet authoritas*, l. 3, tit. 11. lib. 4. Recopilat. ibi: *Que el Actor en tal caso pueda dexar la via de prueua, y tornar a elegir via de assentamiento en qualquier estado, que el pleyto estuuiere.*

Y no

11 ¶ Y no obſtará dezir, que ſe pronunciaron autos de viſta y reuiſta, en que ſe mandò ſobreſeer en la determinacion de el pleyto, que eſtá pendiente en eſta Chancilleria entre don Diego Meſsia de Ocampo, y entre don Diego Antonio Meſsia de Prado, ſobrino de don Pedro, ſobre la ſuceſsiõ del mayorazgo, que fundaron Pedro Meſsia, y doña Aldonça de Sandoual ſu muger, reuiſabuelos de don Diego de Ocampo.

12 ¶ Porque ſe reſponde, que demas de que los pleytos Ecleſiaſticos, intentados por dõ Pedro Meſsia, y don Diego Antonio ſu ſobrino, ſon diferentes, y tienen diferente eſtado, y no ſe intentaron en vn miſmo tiempo. El mayorazgo ſobre que ſe litiga en eſte pleyto es de eleccion, y don Diego Meſsia de Ocampo, y doña Maria Meſsia ſu madre, y ſus deſcendientes tienen en ſu fauor nombramiento irreuocable con pacto de no reuocar, aceptacion, y las demas clauſulas que ſe puſieron para ſu firmeça. Y eſtan excluydos de eſta ſuceſsion los legitimados por reſcripto del Principe, ſiendo hecho conſtante, que don Pedro Meſsia de Chaues es deſcendiente de Diego Meſsia, que lo fue, y que es tranſverſal del fundador, y que en eſte mayorazgo tienen llamamiento los naturales, y que don Pedro no lo tiene, antes èxpreſſa excluſion: diferentemente que en el que llaman de la Caualleria, en que ſe mandò ſobreſeer, pues en aquel tiene llamamiento Diego Meſsia, abuelo de el dicho don Pedro Meſsia de Chaues, en defecto de los deſcendientes legitimos de los fundadores, y no eſtan excluydos los legitimados por reſcripto del Principe, ni es de eleccion. Ni en el pleyto Ecleſiaſtico que intentó don Diego Antonio Meſsia, ſe hizo por don Diego Meſsia de Ocampo ante el Ecleſiaſtico la renunciacion, y deſiſtimiento de la excepcion de ilegitimidad, y impugnacion de el matrimonio, que contraxeron los padres de don Pedro Meſsia de Chaues, como la hizo en el pleyto Ecleſiaſtico, que a pedimiento de el ſe in-

tentó,

tentó, memor. fol. 136. num. 517. al fin. Ni en este pleyto de eleccion, que se sigue en la Chancilleria, se ha alegado en ella en la demanda, que puso don Diego Messia de Ocampo, ni en otra peticion alguna, contra el matrimonio, que contraxeron los padres de don Pedro, ni contra su legitimidad, como lo assienta el Relator, memor. fol. 24. num. 52. y en el fol. 7. a el medio del articulo del poder. De que con euidencia se infiere, que lo determinado en aquel pleyto, no puede traerse en consequencia para este en fuerça de cosa juzgada, por no ser las mismas personas las que litigan aora, y entonces, y por ser diferentes las causas de vencer: ni por exemplar, para que aora se determine lo mismo, pues son tan distintas las razones, que se proponen en el vno, y otro pleyto, & á separatis nulla fit illatio, vt in l. Papinianus exuli, ff. de minoribus. Nec debet inspici, quid factum sit, sed quod debet fieri iuxta resolutiones præcedentes. Quæ sin dicta, &c.

El Licenciado Pedro Calvo Ossorio.